

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120140-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Urteil vom 5. April 2013

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ S.R.L.,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y1._____ und Rechtsanwältin lic.iur. Y2._____

betreffend **Arrest**

Beschwerde gegen einen Arrestbefehl des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 17. Juli 2012 (EQ120003)

Erwägungen:

I.

1. Die Beschwerdegegnerin und Gläubigerin (nachfolgend Gläubigerin) macht geltend, für den Schuldner in Italien im Zusammenhang mit einem Liegenschaftenverkauf im Jahre 2004 als Maklerin tätig gewesen zu sein. Als die von ihr beanspruchte Entschädigung nicht bezahlt wurde, leitete sie in C._____ (Italien) ein Verfahren ein und verlangte die Zusprechung des Mäklerlohnes. Auf Grund dieses Urteils wurde der Beschwerdeführer und Schuldner (nachfolgend Schuldner) (zusätzlich zu den Erwerbern der Liegenschaft) zur Zahlung von Euro 7'680.-- zuzüglich Zinsen ab 12. Mai 2004 verurteilt. Gegen den von der Vorinstanz bewilligten Arrest macht der Schuldner hauptsächlich geltend, dass ihm das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht zugestellt worden sei; er habe erst mit der Notifizierung des Arrestes vom italienischen Zivilprozess und vom Urteil vom 18. November 2011 erfahren.

Der vorinstanzliche Arrestbefehl (Arrest Nr. 3/2012) des Arrestgerichts am Bezirksgericht Affoltern (act. 15 = act. 13 = act. 5) gegen den Schuldner datiert vom 17. Juli 2012 (act. 5) und wurde diesem am 18. Juli 2012 (act. 6) zugestellt. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 7. August 2012 Beschwerde (act. 14).

2. Die Gläubigerin hat in ihrem Arrestgesuch vom 13. Juli 2012 als Forderungsurkunde das Urteil der Repubblica Italiana des Tribunale C._____ vom 18. November 2011 (R.G.582/2004) genannt. Das Urteil sei gemäss dem LugÜ vollstreckbar und bilde einen definitiven Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 und Abs. 3 i.V.m. Art. 80 SchKG.

Die Vorinstanz hat am 17. Juli 2012 zu Gunsten der Gläubigerin für den Betrag von Fr. 9'235.20 nebst 9.24 % Zins seit 12. Mai 2004 die Grundstücke Kat. Nr. ... und ... sowie einen Stammanteil an der D._____ GmbH, je in E._____,

verarrestiert (act. 15 = act. 13 = act. 5). Mit am 7. August 2012 der Kammer überbrachten Eingabe stellt der Schuldner folgende Begehren (act. 14 S. 1 f.):

„Es sei festzustellen, dass das mit Arrestbefehl vom 17. Juli 2012 des Bezirksgerichts Affoltern (EQ120003) für vollstreckbar erklärte Urteil des Tribunale C._____, Italien, vom 18. November 2011 (R.G. 582/2004) in der Schweiz nicht anerkannt wird und nicht vollstreckbar ist;

Es sei der Arrest vom 17. Juli 2012 des Bezirksgerichts Affoltern (EQ120003), Arrestvollzug am 18. Juli 2012 durch das Betreibungsamt F._____, mit sofortiger Wirkung aufzuheben;

Es sei das Grundbuchamt F._____ anzuweisen, die infolge Arrestlegung am 20. Juli 2012 vorgemerkte Verfügungsbeschränkung infolge Arrests auf Grundstück E._____ GR ... /Kat. Nr. ... mit sofortiger Wirkung zu löschen;

Es sei die Vollstreckbarkeit des Urteils des Tribunale C._____ vom 18. November 2011 (R.G. 582/2004) für die Dauer des vorliegenden Verfahrens zu sistieren;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegenerin“.

3. Mit Verfügung vom 16. August 2012 wurde dem Schuldner ein Kostenvorschuss von Fr. 750.-- auferlegt und die Prozessleitung an die Referentin delegiert (act. 19). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 21). Mit Verfügung vom 27. August 2012 wurde auf das Sistierungsgesuch nicht eingetreten und der Gläubigerin Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 22), welche innert Frist eingereicht wurde und mit der die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, verlangt wurde (act. 24 S. 2). Die Beschwerdeantwort vom 27. September 2012 wurde dem Schuldner zur Kenntnis gebracht (act. 26). Dieser nahm mit Eingabe vom 3. Oktober 2012 Stellung (act. 27).

4. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2012 (act. 29) wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zu Rechtsfragen im Anwendungsbereich von Art. 47 Abs. 2 revLugÜ und Art. 271 Abs. 3 SchKG (Exequatur mit Sicherungsmassnahme, Antragserfordernis für das Exequatur, inzidentes Exequatur) Stellung zu nehmen, weil diese Problematik im bisherigen Verfahren nicht thematisiert worden war. Der Schuldner wies in seiner Stellungnahme vom 26. Oktober 2012 (act. 31) auf den fehlenden Exequaturantrag hin. Weiter ersuchte er das Gericht, auch bei Gutheissung der Beschwerde mangels Exequaturantrages, zur Frage der

Verletzung von Art. 34 Abs. 2 revLugÜ Stellung zu nehmen, weil sich diese Frage bei einem allenfalls erneut beantragten Arrest wiederum stellen würde.

Mit Eingabe vom 12. November 2012 nahm die Gläubigerin ihrerseits Stellung, reichte eine vom Gericht gestempelte Kopie des Urteils des Tribunale C._____, Italien vom 18. November 2011 (R.G.582/2004) ein (act. 36) und stellte folgende Anträge:

1. Es sei davon Kenntnis zu nehmen, dass die Arrestgläubigerin die Anerkennung des Urteils des Tribunale C._____, Italien vom 18. November 2011 (R-G.582/2004) verlangt.
2. Es sei festzustellen, dass das Bezirksgericht Affoltern wirksam ein förmliches Exequatur für das Urteil des Tribunale C._____, Italien vom 18. November 2011 (R.G.582/2004) erteilt hat.
3. Die Beschwerde sei abzuweisen, unter Kostenfolge.

Ausserdem stellte sie unter dem gleichen Datum ein Ausstandsbegehren (act. 37) gegen die Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2012 setzte die Präsidentin der Kammer Prof. Dr. I. Jent-Sørensen Frist zur Stellungnahme zum Ausstandsbegehren an (act. 38), welche am 27. November 2012 erstattet wurde (act. 40). Mit Beschluss vom 4. Februar 2013 wies die Kammer (mit der Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth) das Ausstandsbegehren ab (act. 42 S. 8). Am vorliegenden Endentscheid wirkt deshalb wieder die ursprünglich eingesetzte Gerichtsschreiberin Jent-Sørensen mit.

Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Gläubigerin hatte im vorinstanzlichen Verfahren ein Arrestbegehren gestützt auf Art. 271 Ziff. 6 SchKG und auf das Urteil der Repubblica Italiana des Tribunale C._____ vom 18. November 2011 (R.G.582/2004) gestellt (act. 2: "Das Urteil ist gemäss dem LugÜ vollstreckbar. Die notwendige Erklärung gemäss Anhang V des LugÜ liegt bei. Das Urteil bildet somit einen definitiven Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 und Abs. 3 i.V.m. Art. 80 SchKG"). Die Gläubigerin weist darauf hin, dass sie „betreffend die Anerkennung und Vollstreckung des italienischen Urteils ... den Weg der inzidenten Anerkennung durch den Arrestrichter und nicht den Weg über den Antrag auf separate Vollstreckbarkeitserklärung durch ein Gericht“ gewählt habe (act. 24 Rz 6). Der Schuldner geht davon aus, dass es sich um „das erstinstanzliche Exequatur des Urteils des Gerichts in ..., welches mit dem Arrestbefehl vom 17. Juli 2012 des Bezirksgerichts Affoltern ausgesprochen wurde“, handelt (act. 14 Rz 1). Der Arrestbefehl, den die Vorinstanz am 17. Juli 2012 erlassen hat (act. 5 = act. 13 = act. 15), hält Folgendes fest: „Gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG entscheidet das Gericht bei ausländischen Entscheiden, die nach dem Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ) zu vollstrecken sind, auch über deren Vollstreckbarkeit. Da das Urteil des Tribunale C._____ vom 18.11.2011 in einem Mitgliedstaat (Italien) des Lugano-Übereinkommens ergangen ist, die Zuständigkeit gemäss Art. 2 ff. LugÜ zu bejahen ist und keine der Ausschlussgründe gemäss Art. 34 und 35 LugÜ vorliegen, wird das Urteil vom 18.11.2011 in der Schweiz anerkannt (ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf [Art. 33 LugÜ])“. Obwohl es an einer eigentlichen Dispositiv-Ziffer fehlt, muss davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz ein förmliches Exequatur erteilt hat, obwohl die Gläubigerin ein blosses Arrestbegehren gestellt und kein separates Exequatur verlangt hat. Dass sie kein separates Exequatur wollte, ergibt sich aus ihrem Hinweis, dass sie den Weg der inzidenten Anerkennung durch den Arrestrichter gewählt habe (act. 24 Rz 6).

2. Art. 47 Abs. 2 revLugÜ berechtigt den Gläubiger, der ein Exequatur nach dem LugÜ beantragt, gleichzeitig eine Sicherungsmassnahme zu verlangen. Die einschlägige Sicherungsmassnahme ist – seit der SchKG-Revision von 2011 – gemäss Art. 271 Abs. 3 SchKG der Arrest. Die herrschende Ansicht geht davon aus, dass der Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG ein förmliches Exequatur voraussetzt (vgl. z.B. Botschaft [BBI 2009] S. 1821; Felix Meier-Dieterle, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, AJP 2010 S. 1211 ff., S. 1216 Anm. 34; Rodrigo Rodriguez, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano Übereinkommen, AJP 2009, S. 1550 ff., S. 1558; Walter A. Stoffel, Das neue Arrestrecht im Zuge der LugÜ-Revision, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander Markus/Rodrigo Rodriguez [Hrsg.], Internationaler Zivilprozess 2011, Bern 2010, S. 1 ff., S. 4; Daniel Schwander, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten LugÜ, ZBJV 2010, S. 641 ff., S. 654 f.; Hans Reiser/Ingrid Jent-Sørensen, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen, SJZ 107/2011 S. 453 ff., S. 453; Georg Naegeli/Dario Marzorati, a.a.O., Rz 75; Urs Boller, Arrest gestützt auf ausländische Entscheide, Erste Erfahrungen mit dem neuen Arrestrecht, ZZZ 2011/2012, S. 33 ff., S. 39). Diejenigen Autoren, die einen Antrag für unabdingbar halten, können sich auf Art. 38 Abs. 1 revLugÜ stützen, wo das Antragserfordernis explizit erwähnt ist. Ein ohne Antrag erteiltes Exequatur wird von einem Teil der Lehre als Verstoss gegen die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) gesehen (vgl. Daniel Staehelin, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter 11. Oktober 2010, Rz 4; KuKo ZPO-Oberhammer/Domej, N. 7 zu Art. 327a ZPO; Reiser/Jent-Sørensen, a.a.O., S. 455; a.A. z.B. Botschaft, BBI. 2009, S. 182, Schwander, a.a.O., 656; Rodriguez, a.a.O. S. 1558; Boller, a.a.O., S. 40).

Es ist davon auszugehen, dass auch ein Exequatur-Entscheid in Rechtskraft erwächst, was auch auf den ablehnenden Entscheid zutreffen muss (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, N. 63 zu Art. 47 und N. 262 zu Art. 38 mit weiteren Hinweisen auf die abweichenden bzw. modifizierten Ansichten, z.B. auf das Bundesgericht in BGE 127 III 186 E. 4a; Schwander, a.a.O., S. 655 Anm. 60; vgl. dazu auch Boller, a.a.O., S. 34, S. 40, der fordert, dass das Gericht nur im Falle eines

gutheissenden Arrestbegehrens von Amtes wegen einen Exequaturentscheid fällt).

Ob allenfalls – wenn ein Exequatur-Antrag fehlt – ein inzidentes Exequatur möglich ist, ist ebenfalls umstritten: Während KuKo ZPO-Oberhammer/Domej (N. 7 zu Art. 327a) dieses zulassen wollen, wird dies von Naegeli/Marzorati (a.a.O.), Rz 75; BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, N. 60 ff., insbes. N. 63 zu Art. 47 und Reiser/Jent-Sørensen (a.a.O., S. 455) abgelehnt. Wäre dies zulässig, so würde nach dieser Ansicht der in Art. 271 Abs. 3 SchKG angelegte Konnex zwischen förmlichem Exequatur und Arrest aufgelöst.

Ein „gewöhnlicher“ Arrest, insbes. gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ist bei Vorliegen eines ausländischen Urteils wohl nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. Reiser/Jent-Sørensen, a.a.O., S. 455). Hier kommt dieser Arrestgrund jedoch klar nicht in Frage, weil der Schuldner in der Schweiz wohnt und damit der "Ausländerarrest" nicht zur Disposition steht (zur Zulässigkeit des Arrests gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1-5 SchKG vgl. z.B. auch Boller, a.a.O., S. 38).

3. Die Gläubigerin weist darauf hin, dass sie den Antrag auf Erteilung des Exequaturs nicht als separates Begehren formuliert, sondern dass sie die Vollstreckbarkeit inzident habe geprüft lassen wollen. Die Vorinstanz habe dann allerdings ein förmliches Exequatur erteilt. Beide Parteien seien davon ausgegangen, dass es sich um "das erstinstanzliche Exequatur des Urteils" handle (act. 35 Rz 2-4). Auch der Schuldner sei von einem förmlichen Exequatur ausgegangen, was die Wahl seines Rechtsmittels erkennen lasse, habe er doch eine Beschwerde gemäss Art. 327a ZPO eingelegt (act. 35 Rz 6) und die Feststellung beantragt, "dass das mit dem Arrestbefehl ... vollstreckbar erklärte Urteil nicht anerkannt wird und nicht vollsteckbar ist" (act. 35 Rz 7). Art. 327a ZPO i.V.m. Art. 43 Abs. 5 LugÜ komme nur zur Anwendung, wenn ein Exequatur inkl. Arrest erteilt worden sei. Fraglich sei, ob eine Beschwerde nach Art. 327a ZPO i.V.m. Art. 43 Abs. 1 LugÜ ohne wirksam erteiltes Exequatur überhaupt möglich sei (act. 35 Rz 10). Anfechtungsobjekt sei das Exequatur zusammen mit dem darauf basierenden Arrest, so dass auf Grund von Art. 327a ZPO auch gegen den

Arrest vorgegangen werden könne (act. 35 Rz 11). Das werfe – neben hier nicht massgeblichen Fragen zur Tragweite der Arresteinsprache – das Problem auf, ob die ausschliesslich auf Art. 327a ZPO gestützte Beschwerde des Schuldners vom 7. August 2012 überhaupt der richtige Rechtsbehelf, beim zuständigen Gericht und innerhalb der vorgeschriebenen Frist eingereicht worden sei (act. 35 Rz 13, 14). Würde die Erteilung eines förmlichen Exequatur mangels ausdrücklichem Antrag abgelehnt, so wäre keine Vollstreckbarerklärung durch das erstinstanzliche Gericht erteilt worden und der Schuldner hätte mit Art. 327a ZPO den falschen Rechtsbehelf gewählt und er hätte damit für die zulässige Arresteinsprache die 10-tägige Frist verpasst. Das wäre aber nicht im Sinne des Schuldners, der zu keinem Zeitpunkt am Vorliegen der Vollstreckbarerklärung gezweifelt habe (act. 35 Rz 15 und 16). Der Schuldner mache mit keinem Wort geltend, dass der Antrag auf Vollstreckbarerklärung fehle und die Beteiligten seien einhellig davon ausgegangen, dass im Antrag der Arrestgläubigerin implizit ein Antrag auf Anerkennung und im vorinstanzlichen Entscheid ein förmliches Exequatur enthalten sei (act. 35 Rz 19). Die herrschende Ansicht gehe davon aus, dass ein förmliches Exequatur vorausgesetzt werde. Im Falle von Art. 271 Abs. 3 SchKG müsse das Vollstreckungsgericht auch über die Vollstreckbarkeit entscheiden, wobei offen sei, ob ein separater Antrag erforderlich sei oder ob dieser auch sinngemäss aus dem Arrestgesuch hervorgehen könne (act. 35 Rz 21). Der überwiegende Teil der Lehre gehe davon aus, dass auch ohne förmlichen Antrag entschieden werden könne, während ein anderer Teil ein Gesuch schon wegen Art. 38 Abs. 1 LugÜ für unentbehrlich halte. Es werde auch eingewendet, dass andernfalls die Dispositionsmaxime verletzt sei. Wieder andere Autoren würden eine Vollstreckbarerklärung ohne besonderen Antrag als unzulässig erachten. Müsse eine Rechtsfrage vorfrageweise geprüft werden, so sei niemals ein besonderer Antrag erforderlich (act. 35 Rz 23 f.). Werde mit einem ausländischen Urteil gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG vorgegangen, so müsse der Gläubiger damit rechnen, dass die Vollstreckbarkeit geprüft werde, andernfalls müsse er einen anderen Arrestgrund anrufen (act. 35 Rz 25). Jedenfalls sei im Arrestgesuch ein Vollstreckbarerklärungsgesuch enthalten, zumal das Formular des Bundesamtes verwendet worden sei. Es würde die

Dispositionsmaxime verletzen, wenn trotz der Annahme beider Parteien, dass ein Entscheid über die Vollstreckbarkeit ergangen und dass dieser Entscheid zu Recht ergangen sei, Gegenteiliges angenommen würde (act. 35 Rz 27). Es wäre überspitzt formalistisch, wenn Arrestgläubigerin, Arrestschuldnerin und Arrestrichter das Gesuch gleich und im Sinne der Beantragung der Vollstreckbarkeit verstanden hätten, die obere Instanz dessen ungeachtet aber ein separat ausgeschiedenes Rechtsbegehren verlangen würde (act. 35 Rz 28). Weitere Ausführungen der Gläubigerin betreffen den von ihr eingereichten Dokumentensatz (act. 36). Darauf wird gegebenenfalls im massgeblichen Zusammenhang zurückzukommen sein.

4. In der Lehre bestehen bei der Umsetzung des revLugÜ und der damit im Zusammenhang stehenden SchKG-Revision grössere Unsicherheiten: Das zeigt anschaulich der Titel eines neueren Artikels von Georg Naegeli/Dario Marzorati, im Jusletter vom 10. September 2012: "Der definitive Rechtsöffnungstitel als neuer Arrestgrund – ein vollstreckungsrechtlicher Zankapfel". Was für die Rechtssuchenden gilt, gilt auch für die Gerichte, die mit dem gleichen Meinungspluralismus konfrontiert sind. Die Kammer hat im Rahmen der Einführung der neuen ZPO verschiedentlich den bestehenden Unsicherheiten, den Kontroversen in der Lehre und den (noch) fehlenden Präjudizien – basierend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) – Rechnung getragen, und die richterliche Frage- und Hinweispflicht (Art. 56 ZPO) weit und sehr grosszügig ausgelegt, und zwar auch bei anwaltlich vertretenen Parteien. Im vorliegenden Fall wäre es in der offenkundig "unsicheren" Situation wünschbar gewesen, wenn der Gläubigerin Gelegenheit zu allfälligen Präzisierungen gegeben worden wäre. Ist das nicht geschehen, so ist dies im Sinne der genannten Rechtsprechung (für die Rechtsmittelinstanz vgl. ZR 100/2001 Nr. 27 auch unter neuem Recht beachtlich) nachzuholen und es ist der nunmehr explizit gestellte förmliche Exequaturantrag (act. 35 S. 2) zu dem von der Vorinstanz bereits erteilten selbständigen Exequatur zu berücksichtigen. Das führt zur Prüfung, ob die einschlägigen übrigen Voraussetzungen zur Erteilung des Exequaturs vorliegen. Das soll allerdings nichts am Grundsatz ändern, dass es die Dispositionsmaxime dort, wo das Exequatur sowohl selbständig als auch

inzident verlangt werden kann – insbesondere im Rahmen der definitiven Rechtsöffnung auf Grund ausländischer Urteile – verbietet, den Antrag des Gesuchstellers zu missachten.

III.

1. Inhaltlich rügt der Schuldner eine Verletzung von Art. 34 Abs. 2 revLugÜ (act. 14 Rz 3). Er habe lediglich von aussergerichtlich geltend gemachten Ansprüchen aus einem angeblichen Maklervertrag aus dem Jahre 2004 gewusst. Damals habe er seine Liegenschaft in Italien verkauft. Die Gläubigerin habe sich zwar als Maklerin vorgestellt, jedoch sei sie nicht für ihn tätig gewesen, und die Liegenschaft sei mit Hilfe Dritter verkauft worden. Daher schulde er nichts, was er der Gläubigerin schon damals mitgeteilt habe (act. 14 Rz 5). Von einem italienischen Gericht sei er nie und auf keinem Weg, weder direkt, noch via normale oder eingeschriebene Post, Fax, Telefon oder Email, vom eingeleiteten Gerichtsverfahren in Kenntnis gesetzt worden (act. 14 Rz 6). Das Bezirksgericht Meilen habe ihm bestätigt, dass ihm im Jahr 2004 keine Gerichtsurkunden aus Italien zugestellt worden seien. Das (dafür allerdings nicht zuständige) Obergericht werde das Fehlen einer rechtshilfeweisen Zustellung ebenfalls bestätigen können (act. 14 Rz 8). Das verfahrenseinleitende Schriftstück sei dem Schuldner demnach weder rechtshilfeweise noch direkt zugestellt worden (act. 14 Rz 10). Auch das Urteil sei dem Schuldner nicht zugestellt worden (act. 14 Rz 10). Mit Ziff. 4.4 der Bescheinigung zum italienischen Urteil werde die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks am 27. September 2004 bestätigt (act. 14 Rz 13); das könne allenfalls die anderen ins Recht gefassten Parteien betreffen, treffe für den Schuldner aber sicher nicht zu. Eine direkte Zustellung in die Schweiz verstosse ausserdem gegen Art. 34 Abs. 2 revLugÜ. Die bestrittene direkte Zustellung wäre von der Gläubigerin zu beweisen (act. 14 Rz 14). Der Schuldner sei dementsprechend im italienischen Prozess säumig gewesen, was sich auch aus dem Urteil (S. 3) ergebe. Ausserdem müsste die Gläubigerin beweisen, dass dem Schuldner das Urteil vom 18. November 2011 zugegangen

sei; für die Rechtskraft des italienischen Urteils müsse die dortige Rechtsmittelfrist abgelaufen sein, was erst nach einer gültigen Zustellung an den Schuldner möglich sei.

2. Nach Ansicht der Gläubigerin ist die Rüge gemäss Art. 34 Nr. 2 revLugÜ – die Unkenntnis vom italienischen Gerichtsverfahren und dem entsprechenden Urteil – unzutreffend, da sich aus dem italienischen Urteil mit Anhang V LugÜ klar ergebe, dass dem Schuldner das verfahrenseinleitende Schriftstück am 27. September 2004 zugegangen sei (act. 24 Rz 8). Der Schuldner sei am 12. Mai 2004 gemahnt worden und es seien ihm gerichtliche Schritte angedroht worden; dieses Schreiben habe er nachgewiesenermassen erhalten (act. 24 Rz 9). Die gerichtliche Vorladung als verfahrenseinleitendes Schriftstück sei am 14. September 2004 durch den Gerichtsvollzieher bei der Post aufgegeben worden. Das Schriftstück sei vom Schuldner gemäss Rückschein, welcher nach italienischem Recht nicht an das Gericht, sondern an die Gläubigerin gesandt werden müsse, am 27. September 2004 in Empfang genommen worden, so dass der Schuldner über das bevorstehende italienische Gerichtsverfahren am 22. Februar 2005 rechtzeitig orientiert gewesen sei (act. 24 Rz 10). Die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks ergebe sich ausserdem aus dem italienischen Urteil, immerhin eine öffentliche Urkunde, die gemäss Art. 9 ZGB den Beweis für ihre Richtigkeit erbringe – so dass Falschangaben des Gerichtes als Urkundenfälschung zu qualifizieren wären. Urteile würden in Italien grundsätzlich nicht zugestellt sondern veröffentlicht, was dann eine sehr lange Rechtsmittelfrist auslöse (act. 24 Rz 12: hier: Januar 2013). Die Veröffentlichung stehe der Zustellung an die Parteien gleich und Art. 42 Abs. 2 revLugÜ sei je nach ausländischem Recht keine Voraussetzung für die Vollstreckung (act. 24 Rz 12).

3. In seiner Stellungnahme vom 3. Oktober 2012 (act. 27) macht der Schuldner zusammengefasst geltend, dass sich aus act. 25/4, das von der Gläubigerin im Beschwerdeverfahren eingereicht worden sei, ergebe, dass es sich beim Absender der Vorladung nicht um das Gericht, sondern um Rechtsanwalt G._____ und ein Studio Legale H._____ aus I._____ [Stadt in Italien] gehandelt habe. Tatsächlich habe der Schuldner den Rückschein am 27.

September 2004 unterzeichnet, wobei er nach wie vor geltend mache, die Vorladung nicht erhalten zu haben; in jenem Umschlag hätte ihm auch irgend etwas anderes zugestellt werden können. Ausserdem sei es nicht die Unterschrift des Schuldners; dieser lebe nicht in Hausgemeinschaft, so dass nicht feststehe, wer unterschrieben habe. Dafür sei das Original zu edieren (act. 27 Rz 1). Der Vorladungsakt sei – verglichen mit den hiesigen Urkunden – nicht als Vorladung zu erkennen gewesen (act. 27 Rz 2), es würden wichtige Angaben zum Gerichtsverfahren fehlen (act. 27 Rz 2.1) und der Absender (zwei Anwaltsbüros) liesse nicht auf eine offizielle Vorladung schliessen (act. 27 Rz 2.2). In der Schweiz sei nicht bekannt, dass es in Italien Sache des Klägers (mit Hilfe des Gerichtsvollziehers) sei, die Vorladung zu übermitteln (act. 27 Rz 2.2). Die Übersetzung – insbesondere die Bevollmächtigung und die Androhung der Säumnisfolgen – sei unverständlich (act. 27 Rz 2.3 und 2.4). Der Gerichtstermin stehe erst auf S. 5 des Originals bzw. S. 3 der Übersetzung (act. 27 Rz 2.5). Der unterzeichnete Rückschein vom 27. September 2004 belege lediglich, dass der Schuldner ein Schreiben von Rechtsanwalt G._____ erhalten und dass diesem von der Post der Rückschein retourniert worden sei (act. 27 Rz 2.6). Gerade wegen solcher Unzulänglichkeiten gebe es die verschiedenen Vorbehalte in den diversen Staatsverträgen (act. 27 Rz 2.6). Richtigerweise hätte die Zustellung auf dem Rechtshilfeweg erfolgen müssen, auch im revLugÜ gebe es einen entsprechenden Vorbehalt zu Art. 10 lit. a HZÜ (act. 27 Rz 3). Für die Zustellung der Vorladung aus dem Jahre 2004 müsse gemäss Art. 63 Ziff. 2 LugÜ das alte LugÜ gelten, während sich die Anerkennungsfähigkeit des Urteils, weil unter dem revidierten LugÜ ergangen, nach revLugÜ richte (act. 27 Rz 3). Allerdings sei auch unter dem revidierten LugÜ die direkte postalische Zustellung unzulässig. Weiter äussert sich der Schuldner zu Rechtsmitteln und Vollstreckbarkeit vor Eintritt der Rechtskraft (act. 27 Rz 3).

4. Die streitige Zustellung erfolgte im September 2004, während der Entscheid vom Tribunale C._____ (R.G.582/2004) vom 18. November 2011 datiert (act. 18/2 = 4/4 S. 7). Nach Art. 63 revLugÜ sind die Vorschriften des revidierten LugÜ anzuwenden, sobald es in beiden "beteiligten" Staaten in Kraft getreten ist (vgl. Felix Dasser/Michael Frei, Übergangsrechtliche Stolpersteine

des revidierten Lugano-Übereinkommens, Jusletter 11.4.2011, Rz 11 ff.; Dasser/Oberhammer-Domej, N. 13 zu Art. 63 LugÜ; BGE 138 III 82 E. 2.1; BGer 5A_834/2011 E. 3.2.1). Für Italien als Mitglied der EU ist dies der 1. Januar 2010, für die Schweiz der 1. Januar 2011; das massgeblich Urteil datiert vom 18. November 2011 (act. 18/2 = 4/4 S. 7). Das massgebliche italienische Verfahren war im Jahr 2004 eingeleitet worden. Damals galt in beiden Staaten noch das aLugÜ. Als der Entscheid dann im Jahre 2011 gefällt wurde, war sowohl für die Schweiz als auch für Italien das revLugÜ in Kraft getreten, so dass er gemäss Art. 63 Abs. 2 lit. a revLugÜ nach den Regeln des revidierten Lugano-Übereinkommens anerkannt werden muss (Dasser/Frei, a.a.O., Rz 12). Das betrifft auch den hier interessierenden Art. 34 Abs. 2 revLugÜ, so dass sich die Rechtsgültigkeit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes nicht nach dem damals geltenden Recht (aLugÜ), sondern nach dem jetzt anwendbaren revLugÜ beurteilt. Das führt dazu, dass eine ehemals fehlerhafte Zustellung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 aLugÜ grundsätzlich nicht mehr moniert werden kann, wenn sie den Anforderungen von Art. 34 Abs. 2 revLugÜ genügt, was nach den jedenfalls hiezulande geltenden Vorstellungen zum Rückwirkungsverbot problematisch ist (vgl. Dasser/Frei, a.a.O., Rz 29 f. mit kritischen Bemerkungen).

a) Die Gläubigerin macht in der Beschwerde geltend, der Schuldner habe – wenn kein wirksam erteiltes Exequatur vorliege – mit der Beschwerde nach Art. 327a ZPO das unzutreffende Rechtsmittel ergriffen (act. 35 Rz 10, 13). Anzumerken ist, dass der Arrestbefehl Hinweise auf die Arresteinsprache nach Art. 278 SchKG, auf die Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG und auf die Obliegenheit der Arrestprosequierung enthält. Zur vom Schuldner angewendeten Bestimmung finden sich keine Hinweise. Unabhängig davon ist Art. 327a ZPO dann anwendbar, wenn ein Exequatur samt Arrest erteilt wurde, was hier geschehen ist (vgl. z.B. Staehelin, a.a.O., Rz 35). Ob die Vorinstanz das Exequatur trotz fehlendem Antrag zu Recht erteilt hat, ist für die Wahl des Rechtsmittels nicht entscheidend, weil es dafür einzig darauf ankommt, wie die Vorinstanz entschieden hat und nicht darauf, was sie gegebenenfalls hätte entscheiden müssen. Das Vorgehen des Schuldners nach Art. 327a ZPO ist damit rechtzeitig.

b) Im Arrestbewilligungsverfahren reichte die Gläubigerin das Formular "Arrestbegehren" ein (act. 1). Zur Forderungsurkunde nannte sie das italienische Urteil und erwähnte, dass es gemäss LugÜ vollstreckbar sei. Ausserdem machte sie folgenden Hinweis: "Die notwendige Erklärung gemäss Anhang V des LugÜ liegt bei. Das Urteil bildet somit einen definitiven Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 und Abs. 3 i.V.m. Art. 80 SchKG". Mit dem Begehren reichte sie 11 Beilagen ein, darunter insbesondere eine beglaubigte Urteilskopie (act. 4/4). Im Anhang zur Urteilskopie befindet sich das Formblatt aus Anhang V des LugÜ (vgl. Art. 54 Lug: "Bescheinigung über Urteile und gerichtliche Vergleiche im Sinne der Artikel 54 und 58 des Übereinkommens ..."). Darin wird unter anderem das "Datum der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks, wenn die Entscheidung in einem Verfahren ergangen ist, auf das sich der Beklagte nicht eingelassen hat" aufgeführt und bescheinigt, dass die Entscheidung im Ursprungsstaat vollstreckbar ist. Schliesslich ist eine Übersetzung beigefügt. Daraus kann entnommen werden, dass im italienischen Urteil festgestellt wird, dass die Vorladung vorschriftsgemäss zugestellt wurde (Original S. 2; Übersetzung S. 2), dass der Schuldner nicht am Verfahren teilgenommen hat und dass er deshalb säumig ist (Original S. 3; Übersetzung S. 3).

Auf die derart dokumentierten Formalien nimmt die Gläubigerin in der Beschwerdeantwort (act. 24) Bezug: Der Schuldner mache eine Verletzung von Art. 34 Nr. 2 LugÜ geltend, weil er bis zur Arrestlegung weder vom italienischen Gerichtsverfahren noch vom ergangenen Urteil Kenntnis erlangt habe, so dass ihm das rechtliche Gehör und die Verteidigungsrechte genommen worden seien (act. 24 Rz 7). Die Erklärung gemäss Anhang V habe klar gezeigt, dass der Schuldner das verfahrenseinleitende Schriftstück am 27. September 2004 erhalten habe, was seiner Behauptung der nicht erfolgten Zustellung den Boden entziehe. Die gerichtliche Vorladung, welche in den Ziffern 1-13 die Klageschrift enthalte, sei gemäss Anhang V am 27. September 2004 samt Übersetzung der Vorladung (auf den 22. Februar 2005) zugestellt worden. Das belege der Rückschein der Post, welcher gemäss italienischem Recht nicht an das Gericht, sondern an die Klägerseite zu übermitteln gewesen sei. Es könne demnach nicht sein, dass der Schuldner bis zum 18. Juli 2012, dem Datum der Zustellung des

Arrestbefehls, vom Gerichtsverfahren keine Kenntnis gehabt habe. Der Schuldner habe deshalb genügend Zeit gehabt, um einen Rechtsbeistand zu mandatieren und an der Hauptverhandlung teilzunehmen und sich effektiv zu verteidigen. Auch wenn die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes nicht hätte nachgewiesen werden können, so wäre dennoch von einer erfolgten Zustellung auszugehen, weil es sich beim Urteil inkl. Anhang V des LugÜ um eine öffentliche Urkunde handle, was gemäss Art. 9 ZGB den vollen Beweis erbringe (act. 24 S. 4 f.). Urteile würden in Italien grundsätzlich nicht zugestellt, sondern, wie vorliegend, veröffentlicht.

c) In seiner unaufgefordert eingereichten Stellungnahme vom 3. Oktober 2012 (act. 27) macht der Schuldner geltend, der Beweis i.S.v. Art. 34 Ziff. 2 LugÜ sei nicht erbracht worden (act. 27 S. 1). Trotz eines Rückscheins, den der Schuldner am 27. September 2004 unterzeichnet habe, werde der Erhalt des Schreibens vom 2. September 2004 samt Übersetzung vom 14. September 2004 nach wie vor bestritten; möglicherweise sei dem Schuldner damals etwas anderes zugestellt worden. Die Unterschrift auf dem Rückschein (Beilage 25/3) sei nicht jene des Schuldners, der nicht in Hausgemeinschaft lebe, so dass die Unterschrift (vom 21. Mai 2004) auch eine Fälschung sein könnte (act. 27 S. 2). Die Gerichtsakten – hätte der Schuldner sie denn erhalten – seien nicht als solche erkennbar: Es würden wichtige Angaben wie Adresse, Telefon- und Faxnummer sowie die Bezeichnung des zuständigen Richters und die Verfahrensnummer fehlen. Angesichts des Erscheinungsbildes dieser Urkunde und des Absenders sowie in Unkenntnis des italienischen Zustellsystems könne nicht von einer gerichtlichen Vorladung ausgegangen werden (act. 27 S. 2). Die Bevollmächtigung sei übersetzt, allerdings unverständlich, was einer "Nichtübersetzung" gleichkomme und was Art. 34 Ziff. 2 LugÜ verletze (act. 27 S. 3). Auch die restliche deutsche Übersetzung sei derart schlecht, dass niemand auf eine gerichtliche Urkunde schliessen würde (act. 27 S. 3). Der Hinweis auf den Zeitpunkt der Verhandlung befinde sich im Original auf S. 5 und in der Übersetzung auf S. 3 (act. 27 S. 4). Der vom Schuldner am 27. September 2004 unterzeichnete Rückschein könne nur belegen, dass er ein Schreiben von Rechtsanwalt G. _____ enthalten habe und dass der Rückschein retourniert

worden sei. Der Schuldner gehe davon aus, dass er am 27. September 2004 nochmals das Schreiben vom 12. Mai 2004 erhalten habe – jedenfalls sei ausdrücklich bestritten, dass es sich um den Vorladungsakt gemäss act. 25/4 gehandelt habe. Schliesslich mache die Rücksendung an avv. G._____ wenig Sinn, weil ja das Büro H._____ als Gerichtsvollzieher beauftragt worden sei (act. 27 S. 4). So oder so verstosse eine solche Zustellung gegen Art. 34 Ziff. 2 LugÜ und sei zusätzlich ordre public-widrig (act. 27 S. 4 unten). Schliesslich weist der Schuldner auf das Erfordernis der Zustellung auf dem Rechtshilfeweg nach Art. 10 lit. a HZÜ hin, welche seitens der Schweiz gegenüber dem revLugÜ vorbehalten worden sei (act. 27 S. 5). Es gebe nach Art. 63 Ziff. 2 LugÜ keine echte Rückwirkung und für die Zustellung von 2004 gelte das aLugÜ. Das werfe aus übergangsrechtlicher Sicht die Frage auf, ob – wer sich gutgläubig nicht auf ein ausländisches Verfahren einlasse – mit einem Urteil nach revLugÜ dennoch verpflichtet werden könne (act 27 S. 5). Ob eine vorzeitige Vollstreckung italienischer Urteile überhaupt möglich sei, sei durch die Kammer zu klären (act. 27 S. 5). Da gegen das Urteil in Italien ein Rechtsmittel ergriffen werde, müsste der Schuldner allenfalls eine Nichtschuld bezahlen (act. 27 S. 6).

d) Schliesslich hat sich die Gläubigerin in act. 35 zum verfahrenseinleitenden Schriftstück geäussert (act. 35 S. 6 f.) und bestreitet die Ausführungen des Schuldners. Was denn zugestellt worden sein solle, wenn nicht die erwähnten Dokumente, sage der Schuldner nicht. Grundsatz sei gemäss Art. 33 Abs. 1 LugÜ die Anerkennung. Das Anerkennungshindernis vom Art. 34 Ziff. 2 LugÜ müsse vom Schuldner bewiesen werden. Die Gläubigerin müsse die Ausfertigung des fraglichen Entscheides sowie das Formblatt (Art. 54 und 55 LugÜ; Anhang V) beibringen. Das sei mit der Sammelbeilage 04 zur Beschwerdeantwort geschehen und es werde eine nochmalige beglaubigte Ausfertigung einer Kopie des Vorladungsaktes beigefügt. Der Schuldner anerkenne, dass Art. 137 ZPO/IT die Vorladung durch den Kläger mit Hilfe eines Gerichtsvollziehers vorsehe (act. 27 S. 6 f.). Es komme nicht auf die Erkennbarkeit, sondern auf die Funktion des Vorladungsaktes an; dem Schuldner seien die wesentlichen Elemente vorgelegt worden (act. 27 S. 7). Dass der Schuldner erst bei der Aushändigung des Arrestbefehls vom Urteil vom 18.

November 2011 erfahren habe, ändere nichts an der Tatsache der Vollstreck- und Anerkennbarkeit des Urteils. Die Rüge von Zustellfehlern sei missbräuchlich, da das LugÜ von der Anerkennbarkeit ausländischer Urteile ausgehe. Die Anerkennung solle nur dort verweigert werden, wo das rechtliche Gehör verletzt worden sei. Wer die Gelegenheit gemacht habe, sich zu verteidigen, könne sich nicht auf Art. 34 LugÜ berufen. Die Einlegung von Rechtsmitteln im Ursprungsstaat sei nach wie vor möglich.

5. Entscheidend ist, ob die Zustellung der Vorladung den Anforderungen des revLugÜ genügt. Unbestritten ist, dass der Rückschein an den Absender retourniert wurde, so dass davon auszugehen ist, dass die Sendung entgegen genommen bzw. abgeholt wurde.

a) Der Schuldner macht geltend, dass er nicht in Hausgemeinschaft lebe, die Unterschrift nicht die seine sei, sondern von einer ihm nicht bekannten Person stamme. Er verlangt in diesem Zusammenhang die Edition des Originals, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass es sich bei der Unterschrift um eine Fälschung handle.

Auf dem Empfangsschein vom 21. Mai 2004 findet sich eine Unterschrift, die sich offenkundig von jener auf dem Empfangsschein vom 27. September 2004 unterscheidet. Entscheidend ist das nicht. Die Zustellung im Kanton Zürich im Jahr 2004 hatte sich nach den Bestimmungen des kantonalen Verfahrensrechts gerichtet. Gemäss § 177 GVG/ ZH musste die Zustellung nach den seinerzeitigen Regeln über die Postzustellung grundsätzlich an den Adressaten erfolgen und es wäre allenfalls eine Ersatzzustellung an eine im gleichen Haushalt lebende erwachsene Person (Familienangehörige oder Bevollmächtigte) zulässig gewesen (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz, N. 33 ff. zu § 177). Gab es niemanden, der diese Voraussetzungen erfüllte, so stellt dies die Rechtsgültigkeit der Zustellung in Frage. Auf Weiterungen kann dennoch verzichtet werden, weil der Schuldner letztlich nicht bestreitet, in den Besitz der Sendung (zum Inhalt der Sendung sogleich) gekommen zu sein. Auch eine fehlerhafte Zustellung galt nach dem damaligen zürcherischen Recht als

rechtswirksam, wenn der Adressat gleichwohl Kenntnis davon erlangt hatte (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N. 39 zu § 177 GVG).

b) Der Schuldner räumt ein, den Rückschein am 27. September 2004 unterzeichnet zu haben (act. 27 Rz 1), macht aber geltend, in jenem Umschlag hätte ihm auch irgendetwas anderes zugestellt werden können; als Möglichkeit erwähnt er eine nochmalige Zustellung der Mahnung. Dass Umschläge – auch eingeschrieben versandte – irgendeinen Inhalt haben können, ist unbestritten und mit der Tatsache des Einschreibens wird betreffend den Inhalt nichts bewiesen. Diesem Problem wird bei förmlichen gerichtlichen Zustellungen durch die Zürcher Gerichte dadurch begegnet, dass auf dem Umschlag der Inhalt der Sendung vermerkt ist.

Was die Beweislast für den Inhalt der Sendung anbelangt, liegt diese grundsätzlich beim Absender; allerdings wird man vom Empfänger, der behauptet, einen anderen Inhalt erhalten zu haben, als der Absender behauptet, ein substantiiertes Bestreiten verlangen können, indem er erklärt, was denn der Inhalt des ihm zugegangenen Umschlags gewesen sei. Die Behauptung, dass irgendetwas im Umschlag gewesen sein könne, ist dafür zu wenig bestimmt. Eher tauglich, wenn auch wenig plausibel ist der Hinweis, es könnte sich nochmals um die gleiche Mahnung gehandelt haben, die ihm bereits am 21. Mai 2004 zugestellt worden sei. Wie es sich damit letztlich verhält, kann dahin gestellt bleiben, wenn die Zustellung aus anderen Gründen den Anforderungen des revLugÜ nicht genügt. Das ist zunächst zu untersuchen.

c) Das Bundesgericht hat sich in einem Fall aus Italien unter dem **alten Lugano-Übereinkommen** dafür ausgesprochen, dass die direkte postalische Zustellung eines ausländischen verfahrenseinleitenden Schriftstückes in die Schweiz Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ in Verbindung mit dem Vorbehalt zu Art. 10 lit. a des Haager Zustellübereinkommens in unheilbarer Weise verletzt (BGE 135 III 623 ff. = Pra 2011 Nr. 64). Aus dem bundesgerichtlich beurteilten Sachverhalt ergibt sich nur, dass es sich um eine direkte Zustellung per Post gehandelt hat, nicht jedoch, wer die Zustellung veranlasst hat und damit auch nicht, wer als deren Absender figurierte.

Entscheidend war für das Bundesgericht Folgendes (E. 2.1 a.E. und 2.2): "Das kantonale Gericht und der Beschwerdeführer sind hingegen unterschiedlicher Auffassung hinsichtlich der Tragweite der festgestellten nicht ordnungsgemässen Form der Zustellung der Zahlungsaufforderung auf dem Postweg: Das Appellationsgericht, das sich nach dem – seiner Meinung nach – von der Rechtsprechung und der Lehre postulierten Grundsatz der Effektivität richtet, hat dafür gehalten, der Formmangel sei durch den Umstand geheilt worden, dass der Beschwerdeführer vom Verfahren in Italien Kenntnis erhalten habe und sich in jenem Verfahren hätte verteidigen können, während der Beschwerdeführer den Grundsatz der Formgültigkeit für unabdingbar und demzufolge der Zustellung der italienischen Zahlungsaufforderungsentscheidung als einleitendes Schriftstück auf dem Postweg für unheilbar nichtig erachtet. Sedes materiae ist Art. 27 LugÜ. ... Vorliegend wird die Ordnungsmässigkeit der Zustellung des gerichtlichen Schriftstückes ... bestritten. Die Ordnungswidrigkeit der Zustellung verhindert die Anerkennung, ausser wenn der Beklagte sich bedingungslos in das Verfahren eingelassen hat ... Angesichts des Fehlens einer Konventionsbestimmung ... wird die Ordnungswidrigkeit der Zustellung auf Grund des Rechts des mit dem Entscheid in der Sache befassten Staates, das heisst des ersuchenden Staates geprüft ..., ausser wenn dieser Staat einem Abkommen auf diesem Gebiet beigetreten ist (Art. IV Abs. 1 Prot. Nr. 1 zum LugÜ). Dies ist der Fall für Italien und die Schweiz, die beide Parteien des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen ... sind. Art. 10 lit. a HZÜ65 schliesst grundsätzlich nicht aus, dass gerichtliche Schriftstücke im Ausland befindlichen Personen unmittelbar durch die Post übersandt werden dürfen. Die Schweiz hat indessen einen Vorbehalt gegen die Anwendung dieser Bestimmung formuliert ... Zustellungen auf dem direkten Postweg an den Empfänger von der Schweiz aus und in die Schweiz stellen nämlich aus der Optik der schweizerischen Behörden, wenn sie nicht von einem internationalen Übereinkommen vorgesehen sind oder vom Land des Empfängers akzeptiert werden ... traditionsgemäss eine Verletzung der Souveränität des Zustellungsstaates dar ... und entfalten keinerlei Wirkung. Die Beachtung dieser

Bestimmung hat darüber hinaus die zusätzliche Funktion, den Empfänger zu schützen, indem er auf die Wichtigkeit des Schriftstückes, das ihm ausgehändigt wird, aufmerksam gemacht ... wird". Zur Heilung eines Zustellmangels äussert sich das Bundesgericht unter Hinweis auf die in- und ausländische Literatur zum LugÜ bzw. zum Brüsseler Übereinkommen wie folgt: "Es wird generell bejaht, dass in der hier zur Diskussion stehenden Konstellation, in welcher der Begriff der ordnungsgemässen Zustellung gemäss Art. 27 Ziff. 2 LugÜ vom HZÜ65 konkretisiert wird, die Zustellung einer Zahlungsaufforderung auf dem direkten Postweg nicht geheilt werden kann ...; insbesondere wird die Aushändigung an den Beklagten im Sinne von Art. 15 lit. b HZÜ65 für sich allein nicht als genügend erachtet". In einer Auseinandersetzung mit einer bestimmten Lehrmeinung, die eine differenzierte Haltung bezüglich der Formstrenge einnimmt, weist das Bundesgericht darauf hin, dass der Empfänger "durch die nicht ordnungsgemässe postalische Zustellung ... um die Warnwirkung" gebracht werde, "welche die formelle Zustellung gerade garantieren wollte".

Das Bundesgericht weist (a.a.O. E. 3.4 S. 470) schliesslich auf die Botschaft zum neuen Lugano-Übereinkommen hin (BBl 2209 S. 1777 ff., S. 1818 Ziff. 3), wo Folgendes festgehalten ist:

"Die Schweiz beabsichtigt, den in Protokoll 1 Artikel 1 Absatz 2 vorgesehenen Vorbehalt zum alternativen Zustellungsweg des unmittelbaren Behördenverkehrs zwischen den Vertragsparteien zu erklären. Die Schweiz hat den inhaltlich gleich lautenden Vorbehalt bereits zur entsprechenden Bestimmung des geltenden LugÜ (Art. IV Abs. 2 des Prot. 1 zum LugÜ) erklärt. Als Folge dieses Vorbehalts bestimmt sich der Zustellungsweg zwischen den Vertragsparteien weiterhin aufgrund der einschlägigen multi- und bilateralen Übereinkommen.

Die Rechtslage kann diesbezüglich als befriedigend bezeichnet werden.

Mit sämtlichen Nachbarstaaten ist der unmittelbare Behördenverkehr verwirklicht, im Verhältnis zu Österreich ist sogar die unmittelbare postalische Zustellung möglich. Mit den meisten übrigen Vertragsstaaten besteht eine gute Zusammenarbeit auf der Grundlage von Staatsverträgen. Bezüglich des erweiterten Anwendungsbereichs des revLugÜ ist anzumerken, dass sämtliche neu erfassten Staaten (mit Ausnahme Maltas) dem Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen angehören. Es besteht insbesondere zu diesen Staaten eine bewährte Zustellungspraxis über die jeweiligen Zentralbehörden (für die Schweiz über das Bundesamt für Justiz)."

Trotz der erwähnten Erneuerung des Vorbehalts betreffend Zustellung auf dem Rechtshilfeweg scheint das Bundesgericht – wenn auch lediglich in einem

obiter dictum (Pra 2011 Nr. 64 S. 470 f.) – nicht auszuschliessen, dass wegen der Neufassung von Art. 34 revLugÜ eine gewisse Lockerung der Zustellungspraxis in Richtung des sog. Effektivitätsgrundsatzes eintreten könne.

d) Protokoll 1 Art. 1 lautet:

"1. Gerichtliche und aussergerichtliche Schriftstücke, die in einem durch dieses Übereinkommen gebundenen Staat ausgefertigt worden sind und einer Person zugestellt werden sollen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates befindet, werden nach den zwischen diesen Staaten geltenden Übereinkünften übermittelt.

2. Sofern die Vertragspartei, in deren Hoheitsgebiet die Zustellung bewirkt werden soll, nicht durch eine an den Verwahrer gerichtete Erklärung widersprochen hat, können diese Schriftstücke auch von den gerichtlichen Amtspersonen des Staates, in dem sie ausgefertigt worden sind, unmittelbar den gerichtlichen Amtspersonen des Staates übersandt werden, in dessen Hoheitsgebiet sich die Person befindet, für welche das Schriftstück bestimmt ist. In diesem Fall übersendet die gerichtliche Amtsperson des Ursprungsstaats der gerichtlichen Amtsperson des ersuchten Staates, die für die Übermittlung an den Empfänger zuständig ist, eine Abschrift des Schriftstücks. Diese Übermittlung wird in den Formen vorgenommen, die das Recht des ersuchten Staates vorsieht. Sie wird durch eine Bescheinigung festgestellt, die der gerichtlichen Amtsperson des Ursprungsstaats unmittelbar zugesandt wird".

Damit wird in Abs. 1 – wie schon unter dem aLugÜ – auf die zwischen den betreffenden Staaten geltenden Übereinkommen verwiesen, so dass für Zustellungen von und nach Italien (nach wie vor) das HZÜ zur Anwendung kommt. Art. 10 lit. a HZÜ ermöglicht – wenn kein Widerspruch erfolgt – die unmittelbare Zustellung gerichtlicher Schriftstücke per Post. Da ein solcher Widerspruch erhoben wurde, ist die direkte Postzustellung in die Schweiz unzulässig (vgl. Schnyder, LugÜ-Killias, N. 5 zu Protokoll 1 [S. 1137]).

Protokoll 1 Art. 1 Abs. 2 enthält für das revLugÜ eine eigenständige Zustellungsregel, die alternativ zur Anwendung kommt, wenn kein Vorbehalt angebracht wurde. Voraussetzung dieses unmittelbaren Geschäftsverkehrs zwischen den beteiligten Behörden ist, dass kein Widerspruch erhoben wird, wovon die Schweiz allerdings Gebrauch gemacht hat (vgl. Dasser/Oberhammer-Domej [2. Auflage], N. 2 bis 4 zu Art. I Prot. 1 revLugÜ; Schnyder, LugÜ-Killias, N.

8 zu Protokoll 1 [S. 1138]; BSK LugÜ-Schuler, N. 9 zu Art. 1 Protokoll 1; vgl. auch Dasser/Oberhammer-Naegeli [2. Auflage], N. 44 zu Art. 26 LugÜ).

Die Schweiz hat – wie bereits erwähnt – bezüglich der Zustellung einen Vorbehalt angebracht (Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [Lugano-Übereinkommen] vom 11. Dezember 2009 [AS 2010 S. 5601: Art. 1 Abs. 3 "Anlässlich der Ratifizierung bringt er die Vorbehalte nach den Artikeln I und III des Protokolls Nr. 1 zum Übereinkommen an ..."]). Im Rahmen von völkerrechtlichen Verträgen werden Vorbehalte angebracht, wenn "ein Staat mit dem überwiegenden Teil eines Vertrages einverstanden ist, jedoch die Geltung einzelner Vorschriften ausschliessen will" (Bernhard Kempen/Christian Hillgruber, Völkerrecht, München 2007, Rz 22). Entsprechend der völkergewohnheitsrechtlichen Definition handelt es sich bei einem Vorbehalt um eine einseitige Erklärung (oder eine Vertragsklausel) mit dem Zweck, die Rechtswirkungen einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschliessen oder zu ändern (Kempen/Hillgruber, a.a.O., Rz 22 f.). Ein Vorbehalt führt dazu, dass im Verhältnis zu den anderen Vertragsstaaten die betreffende Vertragsbestimmung geändert wird, ohne dass dies das Verhältnis zu den übrigen Vertragsstaaten untereinander beeinflusst (Kempen/Hillgruber, a.a.O., Rz 36-38).

Konkret sind mit dem genannten Vorbehalt Zustellungen im unmittelbaren Geschäftsverkehr zwischen den beteiligten Behörden **auf Grund des revLugÜ** (in Abs. 2 von Art. 1 des Protokoll 1) ausgeschlossen worden (Dasser/Oberhammer-Domej [2. Auflage], N. 3 zu Art. I Protokoll 1). Domej weist jedoch (a.a.O., N. 4) darauf hin, dass trotz eines solchen Vorbehalts der unmittelbare Behördenverkehr dennoch zulässig ist, wenn zwischen den beteiligten Staaten ein bilaterales Abkommen wie zwischen der Schweiz und Italien besteht (SR 0274.184.542: Briefwechsel vom 2. Juni 1988 zwischen der Schweiz und Italien betreffend die Übermittlung von gerichtlichen und aussergerichtlichen Urkunden sowie von Ersuchungsschreiben in Zivil- und Handelssachen; in Kraft getreten am

1. September 1988; gl.A. BSK LugÜ-Schuler [N. 11 zu Art. I Prot. 1]). Die italienischen Gerichte, mit denen ein direkter Verkehr möglich ist, sind in Anhang B des Briefwechsels aufgeführt und für die Gerichte im Kanton Zürich ist <http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/zivil/behoerden.html#> massgeblich. Daraus ergibt sich, dass ein direkter Behördenverkehr zwischen dem Gericht in C. _____ und den zürcherischen Gerichten zulässig ist. Um eine solche direkte Behördenzustellung handelt es sich im vorliegenden Fall unbestrittenermassen nicht.

6. Art. 34 Abs. 2 des revLugÜ lautet: „Die Entscheidung wird nicht anerkannt, wenn (2) dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht so rechtzeitig und **in einer Weise** (Hervorhebung durch die Kammer) zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte, es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte“. Hingegen lautete Art. 27 Abs. 2 aLugÜ: "Die Entscheidung wird anerkannt, wenn (2) dem Beklagten, der sich nicht auf das Verfahren eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück **nicht ordnungsgemäss** (Hervorhebung durch die Kammer) und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte". In diesem Zusammenhang ist kurz der (weitere) Vorbehalt der Schweiz in Art. III Prot. 1 LugÜ zu erwähnen: „Die Schweizerische Eidgenossenschaft erklärt ... dass sie folgenden Teilsatz der Bestimmung von Art. 34 Abs. 2 LugÜ nicht anwenden will: «es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte". Das schliesst die Anwendung des letzten Teilsatzes von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ gegenüber einem in der Schweiz wohnhaften Anerkennungsbeklagten aus (vgl. dazu BSK LugÜ-Schuler, N. 2 f. zu Art. III Protokoll 1), so dass vom Schuldner nicht verlangt werden kann, dass er allfällige Zustellfehler – wenn sie denn bejaht werden müssen – zunächst im italienischen Rechtsmittelverfahren geltend gemacht haben muss. Anzumerken ist, dass die Frage der Rechtzeitigkeit im Sinne von Art. 34 Abs. 2 LugÜ nicht näher zu erörtern ist. Ist die Zustellung am 27. September 2004 ordnungsgemäss erfolgt – was nachfolgend zu klären ist –

so wäre sie auch rechtzeitig gewesen, weil die Verhandlung auf den 22. Februar 2005 angesetzt war, was für eine Prozessvorbereitung durchaus ausgereicht hätte.

Wie bereits erwähnt, hat das Bundesgericht unter dem alten Recht die Ordnungsmässigkeit bei einer direkten Zustellung verneint (vgl. oben Erw. 5 c). Zur Tragweite der Zustellungsfrage nimmt die Lehre unter dem neuem Recht (Art. 34 Abs. 2 revLugÜ) wie folgt Stellung:

Nach Schnyder, LugÜ-**Domej/Oberhammer** (N. 28 ff. zu Art. 34) betrifft diese Bestimmung für den Säumnisfall – abschliessend – die Frage des rechtlichen Gehörs bei der Verfahrenseinleitung. Nach dem revLugÜ sei die Überprüfung der Zustellung nicht mehr vorgesehen (Schnyder, LugÜ-Domej/Oberhammer, N. 29 zu Art. 34). Der Beklagte müsse aufgrund des verfahrenseinleitenden Schriftstücks eine erste Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit der Klage vornehmen können. Mindeststandard sei, dass der eingehaltene Informationsweg für Zustellungen im Allgemeinen überhaupt vorgesehen sei, was z.B. auch eine fiktive Zustellung, insbesondere eine öffentliche, zulasse, wenn diese im Urteilsstaat möglich sei. Problematisch sei dort höchstens die Rechtzeitigkeit der Kenntnisnahme (Schnyder, LugÜ-Domej/Oberhammer, N. 30 zu Art. 37 f.). Wegen des Wegfalls des Erfordernisses der ordnungsgemässen Zustellung habe sich die Einlassungslast des Beklagten – so diese Autoren – deutlich verschärft; insbesondere könne ihn auf Grund einer mangelhaften Zustellung u.U. eine Nachforschungsobliegenheit treffen (Schnyder, LugÜ-Domej/Oberhammer, N. 36 zu Art. 34). Als Mindeststandard einer Zustellung im Rechtssinn sei anzusehen, dass der gewählte Informationsweg nach dem Recht des Erststaates für Zustellungen überhaupt vorgesehen sei (Schnyder, LugÜ-Domej/Oberhammer, N. 37 zu Art. 34). Letzteres ist allerdings eine Selbstverständlichkeit.

Zur Bedeutung der Neufassung der Bestimmung über die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes (Art. 34 Abs. 2 revLugÜ) weist Dasser/Oberhammer-**Walther** (2. Auflage 2011, N. 50 ff.) darauf hin, dass das Kriterium der Ordnungsmässigkeit zwar abgeschafft, nicht aber ersatzlos gestrichen worden

sei. Es sei – wie auch die Botschaft zum RevLugÜ (S. 1806) festhalte – zu prüfen, ob "eine minimale, jedoch funktional wesentliche Förmlichkeit der Zustellung gewährleistet" sei. Letztlich gehe es darum, die Anerkennungsfähigkeit nicht an geringfügigen Zustellmängeln, die die Verteidigungsrechte nicht beeinträchtigen, scheitern zu lassen (Dasser/Oberhammer-Walther (2. Auflage 2011, N. 50 zu Art. 34 revLugÜ). Formalisierte Zustellvorschriften dienen der Gewährung des rechtlichen Gehörs und eine nicht ordnungsgemässe Zustellung deutet auf das Vorliegen eines Anerkennungsverweigerungsgrundes hin (Dasser/Oberhammer-Walther (2. Auflage, 2011, N. 52 f.). Das bedeutet nach Walther (a.a.O., Anm. 86 und N. 57 ff. zu Art. 34 revLugÜ) folgenden Mindeststandard: Das **zuständige Gericht** (Hervorhebung durch die Kammer) muss mindestens einen Zustellversuch unternommen haben und zwar grundsätzlich unter strikter Einhaltung der Zustellvorschriften, insbesondere auch wegen der einschlägigen staatsvertraglichen Bestimmungen, so dass eine Benachrichtigung durch einen Verfahrensbeteiligten durch die Post ungenügend ist. Stelle ein schweizerisches Gericht das verfahrenseinleitende Schriftstück an eine Partei ins Ausland per Post zu, wo dies nicht zulässig sei, so mache dies die Zustellung nichtig und umgekehrt könne es nicht anders gelten. Ausserdem seien die vorgeschriebenen Formulare zu verwenden und es sei eine Übersetzung beizulegen (Dasser/Oberhammer-Walther (2. Auflage, 2011, N. 59-61).

Die Ausführungen von BSK LugÜ-**Schuler** nehmen auf die "Ordnungsmässigkeit" der Zustellung Bezug (N. 32, N. 38, 40 ff. zu Art. 34), wobei (a.a.O., N. 40 zu Art. 34) darauf hingewiesen wird, dass es auf die "ordnungsgemässe Zustellung" nicht ankomme; formale Zustellungsfehler schliessen die Anerkennung nicht (mehr) per se aus. Für die hier interessierende direkte postalische Zustellung bezieht sich Schuler auf den bereits erwähnten, unter dem alten Recht ergangenen BGE 135 III 623 E. 2 f.

Nach **Walter/Domej** (Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien, S. 496 f.) reicht ein formaler Zustellfehler nicht aus, um die Anerkennung zu verweigern. Selbst grobe Verstösse gegen die Zustellvorschriften – genannt wird eine unmittelbare Postzustellung einer

ausländischen Vorladung in der Schweiz – sind nach diesen Autoren nicht entscheidend, wenn die Verteidigungsmöglichkeiten gewahrt sind. Das führt – insoweit konsequent – zu einer Mitwirkungsobliegenheit des Beklagten, der sich – offenbar unabhängig von der Schwere der Zustellmängel – um das ausländische Verfahren kümmern muss (Walter/Domej, a.a.O., S. 497).

Dasser/Oberhammer-**Domej** (N. 5 zu Art. I Prot. 1) weist darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des EuGH "der Rückgriff auf Vorschriften des nationalen Rechts über die fiktive Inlandzustellung an Personen im Ausland (z.B. durch öffentliche Zustellung und wohl auch in Form der Zustellung durch Aufgabe zur Post gemäss § 184 dZPO) unzulässig" sei.

Zur Zustellfrage äussert sich auch **Rodrigo Rodriguez** (Die fehlerhafte Zustellung im revidierten Lugano-Übereinkommen, insbesondere der schweizerische Vorbehalt, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Internationaler Zivilprozess, Bern 2010, S. 13 ff.). Die Ordnungsmässigkeit sei durch eine funktionale Betrachtungsweise ersetzt worden (a.a.O., S. 22) mit wesentlich mehr Toleranz für Zustellungsmängel (a.a.O., S. 23). Die Verletzung der anwendbaren Zustellungsnormen werde im Zusammenhang mit der Anerkennung nicht mehr sanktioniert, wenn sie nicht gleichzeitig einen der weiteren Verweigerungsgründe begründe, nämlich die effektive Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beklagten auf Grund der mangelhaften Zustellung (Rodriguez, a.a.O., S. 20). Diesen Ausführungen folgt (a.a.O., S. 20) allerdings eine Relativierung: In Anlehnung an den BGH sei die fehlende Ordnungsmässigkeit der Zustellung ein gewichtiges Indiz für die Verletzung der Verteidigungsrechte. Es gehe darum, "eine «Flanke» des Zustellrechts vor missbräuchlichem Verhalten zu schützen". Rodriguez erwähnt, dass die – immer weniger gebräuchlichen – Formen der fiktiven Zustellung regelmässig mit einer Anerkennungsverweigerung sanktioniert würden, und zwar unabhängig davon, ob das Vorgehen im Lichte des anwendbaren nationalen Prozessrechts zulässig wäre (a.a.O., S. 20). Schliesslich nimmt Rodriguez (a.a.O., S. 25) mit der Überschrift "Post aus Italien" auf den bereits mehrfach erwähnten BGE 135 III 623 ff. Bezug und geht davon aus, dass "die schlichte

(und ungerügt gebliebene) Verletzung von Verfahrensvorschriften (seien sie auch staatsvertraglicher Natur) ... keine für sich allein ausreichende Einrede gegen die Vollstreckung" abgeben würde.

Kropholler/von Hein (Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Frankfurt a.M. N. 38 ff. zu Art. 34 EuGVO) weisen auf den Willen hin, die Anforderungen (an die Zustellung) zu lockern, so dass es genüge, wenn die Zustellung die Möglichkeit der Verteidigung gewährleiste. Allerdings – so räumen sie ein – sei der Begriff der "Ordnungsmässigkeit", wie er in Art. 27 Abs. 2 EuGVÜ (und in Art. 27 aLugÜ) verwendet werde, nicht obsolet geworden. Er sei hilfreich, um Art. 34 Abs. 2 revLugÜ eine Kontur zu verleihen und die Rechtssicherheit zu erhöhen. Jede nach den einschlägigen Vorschriften – genannt wird auch Art. 15 HZÜ – vorgenommene Zustellung dürfte ordnungsgemäss sein, weil formalisierte Zustellvorschriften dazu dienen, das rechtliche Gehör zu gewährleisten. Und schwerwiegende Zustellungsmängel seien ein starkes Indiz für die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es sei erforderlich, die Zustellfehler nach ihrer Schwere zu überprüfen. Betont wird, dass es einzig darauf ankomme, ob der Beklagte an seiner Verteidigung gehindert worden sei.

CR LDIP/CL-**Bucher** (N. 34 zu Art. 34 LugÜ) weist darauf hin, dass die Schweizer Gerichte die Anerkennung bei Zustellfehlern verweigern konnten, insbesondere wenn auf eine Art zugestellt wurde, der sich die Schweiz, z.B. im Rahmen des HZÜ65, widersetzt hatte. Die strenge Zustell-Praxis habe die Passivität, ja den bösen Glauben der Beklagten gefördert, die aus dem Zustellfehler Profit ziehen wollten, obwohl ihnen die Eröffnung des ausländischen Verfahrens bestens bekannt war und sie ihre Verteidigungsrechte durchaus hätten ausüben können. Erstaunlicherweise sei die Souveränität des Staates zum Schutz missbräuchlicher Verhaltensweisen angeführt worden. Das revLugÜ führe dazu, dass die Fehlerhaftigkeit nicht mehr genüge, es brauche gleichzeitig eine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beklagten (a.a.O., N. 35 zu Art. 34 LugÜ). Allerdings seien schwerwiegende Fehler ein Indiz dafür, dass auch die Verteidigungsrechte beeinträchtigt worden seien.

Ivo Schwander besprach in AJP 2010 S. 110 ff. den bereits mehrfach erwähnten Bundesgerichtsentscheid, blickte aber auch voraus auf den kommenden Art. 34 Abs. 2 revLugÜ. Es sei von einer "Zustellung" die Rede, wovon ohne Verwendung des Formulars und bei einer Benachrichtigung durch einen Verfahrensbeteiligten durch die Post wohl kaum die Rede sein könne.

Dasser/Frei (a.a.O., Rz 19 ff.) weisen auf die Probleme mit der postalischen Zustellung und auf den schweizerischen Vorbehalt nach altem und nach revidiertem LugÜ zu Gunsten des HZÜ hin: Postalische Zustellungen seien unzulässig gewesen und seien es auch weiterhin. Wer mit Zustellungen die Hoheitsrechte der Schweiz verletze, mache sich strafbar gemäss Art. 271 StGB (Dasser/Frei, a.a.O., Rz 19 f.). Das habe nach altem Recht ohne weiteres als "ordnungswidrig" zur Nichtanerkennung geführt. Für die neue Rechtslage mit Art. 34 Abs. 2 revLugÜ weisen diese Autoren auf das Spannungsfeld zwischen der Zustellung nach HZÜ einerseits und zwischen Art. 34 Abs. 2 revLugÜ andererseits hin, wonach nur noch eine effektive Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte ausreiche (Dasser/Frei, a.a.O., Rz 24). In der Praxis werde dies zu unklaren Verhältnissen und zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Die genannten beiden Autoren gehen davon aus, dass das Kriterium "eine gewisse Solemnität der Mitteilung" sein müsse, "die sich durch die Zustellungsform, den Inhalt und durch den Absender der Mitteilung ergeben könne"; der Empfänger müsse nach Vertrauensschutz-Kriterien in der Lage sein, die Bedeutung der Zustellung zu erkennen, was etwa bei einem eingeschriebenen Brief eines Gerichts in einer dem Empfänger verständlichen Sprache anzunehmen sei (Dasser/Frei, a.a.O., Rz 26). Dasser/Frei (a.a.O., Rz 28) erwägen, dass die Verletzung der Zustellvorschriften unter den verfahrensrechtlichen *ordre public* nach Ziff. 1 subsumiert werden könnten und verweisen auf BGE 135 III 623 E. 2.2 a.E., worin das Bundesgericht die anwendbaren Bestimmungen über die Rechtshilfe als internationalen Mindeststandard bezeichnet habe.

Schliesslich ist die Ansicht von **Alexander Markus** (Die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen aus schweizerischer Sicht, ZSR 2012, Band I, S. 499 ff.) zu erwähnen: Der Justizgewährleistungsanspruch des Klägers sei unter dem alten Recht in Frage gestellt worden, vor allem wenn bereits leichte Formfehler bei der Zustellung die Anerkennung verhinderten. Markus fasst seine Analyse dahingehend zusammen, dass "die Revision in der Schweiz nicht auf Kosten eines substanziellen Beklagenschutzes geht, sondern lediglich eine pragmatische Verwesentlichung des Schutzes darstellt, die es gleichzeitig erlaube, dem Justizgewährleistungsanspruch des Klägers gerecht zu werden und Missbräuche durch den Beklagten zu verhindern" (Markus a.a.O., S. 500). Es sei das Ziel gewesen, den Missbrauch der Verteidigungsrechte zu unterbinden, wenn sich der Zustellbeklagte auf die Verletzung blosser Förmlichkeiten berief und damit die Effizienz der grenzüberschreitenden Vollstreckung ernsthaft in Frage stellte. "Die Zustellungsrüge soll damit in ihrer Funktion auf die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs verwesentlicht werden. Dazu gehört, dass die Zustellung mit einer gewissen Formalität und in einer gewissen Solemnität erfolgt, ohne die eine effiziente Warnung (Alarmierung) des Beklagten ausgeschlossen ist. Eine formale Zustellungs-Mindestgarantie und eine Prüfung, die unabhängig von der «Rechtzeitigkeit» erfolgen kann, ist damit gewährleistet" (Markus, a.a.O., S. 504).

Den absoluten Schutz des Beklagten vor schwerwiegenden Mängeln der verfahrenseinleitenden Zustellung hält Markus in der Schweiz und auch in Deutschland als am weitesten verbreitet (a.a.O., S. 504): Diese Ansicht nehme unter den gegebenen Voraussetzungen keine oder weniger Rücksicht auf allfällige Abwehrmöglichkeiten des Beklagten; es bestehe eine formale Zustellungs-Mindestgarantie und es gebe keinen Freibrief zum Verlassen der geregelten Bahnen des Zustellungsrechts (Markus, a.a.O., S. 505). Fiktive Zustellungen und Ersatzzustellungen seien "instrumentsautonom" auszulegen, womit sich Zustellungsfragen in gewisser Weise vom Recht des ersuchenden Staates lösen würden, was dazu führe, dass auch gemäss der lex fori an sich zulässige "Zustellungen" durch den Kläger oder dessen Anwalt bzw. die direkte postalische Übermittlung ausgeschlossen seien, nur schon deshalb, weil solchen

Zustellungen jede Warn- und zum Teil auch Beweisfunktion abgehe (Markus, a.a.O., S. 506). Zur Verletzung des Haager Zustellübereinkommens im Besonderen sei der Grundsatz, dass dieses nicht verletzt werden dürfe, zutreffend, jedoch sei diesbezüglich ebenfalls eine gewisse "Gewichtigkeit" vorausgesetzt, die z.B. bei einem geringfügigen Fehler bei der Verwendung des Haager Übermittlungsformulars nicht vorliege (Markus, a.a.O., S. 508). Klarerweise seien postalische oder elektronische Übermittlungen unzulässig. Bei den Formularen sollte es nach Markus (a.a.O., S. 508) ausschlaggebend sein, ob das Formular Informations- und Warncharakter habe.

7. Dieser Blick auf diese Meinungsäusserungen zur Zustellfrage im revLugÜ zeigt, dass eine direkte postalische Übermittlung, zumal durch die Parteien bzw. Parteivertreter, ein Grund zur Verweigerung des Exequaturs ist, und zwar grundsätzlich absolut.

Aus der Sicht der Kammer kann das Zusammenspiel des Haager Zustellübereinkommens (und anderer Abkommen) mit den Anforderungen an die Zustellungen gemäss Art. 34 Abs. 2 revLugÜ praktisch nur dadurch befriedigend geregelt werden, dass eine Zweiteilung der Prüfung erfolgt: Die Zustellung ist danach nach den geltenden Übereinkommen (hier das Haager Übereinkommen sowie dem bilateralen Zustellabkommen mit Italien über den direkten Behördenverkehr) zu beurteilen. Wäre dies nicht so, dann liesse sich nicht erklären, worin denn die Bedeutung von Vorbehalten liegen würde, ja die Anbringung von Vorbehalten würde grundsätzlich in Frage gestellt. Wäre im vorliegenden Fall die Zustellung nach einer der beiden zulässigen Arten erfolgt, so wäre in einem weiteren Schritt anhand der Vorgaben von Art. 34 Abs. 2 revLugÜ zu prüfen, ob geltend gemachte Banalitäten und behaupteter Rechtsmissbrauch oder auch schwerwiegendere Fehler die an sich systemkonforme Zustellung scheitern lassen könnten oder eben nicht. Hier dürfte es sich rechtfertigen, im Sinne von Art. 34 Abs. 2 revLugÜ darauf abzustellen, ob und inwieweit die Verteidigungsrechte tatsächlich beeinträchtigt werden.

Eine unzulässige Übermittlung ist eine direkte Zustellung durch die Post, die weder im HZÜ noch im bilateralen Übereinkommen Italien/Schweiz vorgesehen

ist, und zwar selbst dann, wenn der Absender das Gericht selber wäre. Sie ist auf Grund des Vorbehalts und des bilateralen Übereinkommens unzulässig. Werden aus schweizerischer Sicht zusätzlich Hoheitsrechte verletzt, was Nichtigkeit zu Folge hat (Dasser/Oberhammer-Walther, N. 58 zu Art. 34 LugÜ; Dasser/Frei, a.a.O., Rz 19 f.), so ist schwer erklärbar, wie denn eine solche Zustellung gegenüber dem direkt Betroffenen dennoch gültig sein kann. Bereits das muss auch unter dem revidierten Lugano-Übereinkommen (Art. 34 Abs. 2) dazu führen, dass das Exequatur zu verweigern ist.

8. Für den Fall, dass man – anders als hier – eine vorbehaltswidrigen vereinbarungswidrigen Zustellung als solche nicht genügen lassen wollte, muss allerdings auch die postalische "Zustellung" von Privatpersonen unwirksam sein, weil in der Schweiz bei einer Sendung einer Privatperson ganz grundsätzlich nicht damit gerechnet wird und auch nicht damit gerechnet werden muss, dass es sich um einen behördlichen Akt handelt, welcher in einem gerichtlichen Verfahren Rechtswirkungen auslösen könnte. Bei der hier zu beurteilenden Sendung ist die Übermittlung des Briefumschlages – mit welchem Inhalt auch immer – per Post in die Schweiz erfolgt, und zwar nicht durch das Gericht von C._____. Dieses ist folgerichtig auch nicht als Absender der Sendung erwähnt. Auf dem Rückschein ist "Avv. G._____, Via ... n. ..., ... [Postleitzahl] C._____ (..) (Italia)" vermerkt, so dass auch diesbezüglich kein Gerichtsbezug hergestellt werden kann. Was den (vom Schuldner bestrittenen) Inhalt der Sendung vom 27. September 2004 anbelangt (act. 25/4), behauptet die Gläubigerin, dass es sich um das zu den Akten gegebene Schreiben mit Absender Avv. G._____, Patrocinante in Cassazione, via ... , ... [Postleitzahl] C._____ (...) gehandelt habe. Dieses Schreiben ist nicht etwa an den Schuldner, sondern an ein Studio Legale H._____, Via ..., ... [Postleitzahl & Ortschaft] gerichtet. Damit ist der Schuldner auch nicht mit seinem Namen und seiner Adresse angesprochen, sondern der Adressat ist ein (ihm offenbar nicht bekannter) Dritter. Das Schreiben trägt zwar die Überschrift "TRIBUNALE DI C._____, ATTO DI CITAZIONE" was in der beiliegenden Übersetzung "GERICHT VON C._____, VORLADUNG AKT" heisst. Der Name des Schuldners ist dann erstmals in Ziff. 2 auf S. 1 der Übersetzung erwähnt.

Dass schliesslich die Übersetzung diesen Namen kaum verdient, hat der Schuldner erwähnt. Der Teil, der die Vorladung betrifft, lautet, dass "Herr A._____, ...-Strasse ..., J.____ (die Schweiz) ... vor der Gericht von C.____ (..) für die Verhandlung am 22 Februar 2005 um 9 Uhr und später, mit der Einladung um sich mindestens 20 Tage vorher zu konstituieren nach dem Art. 166 c.p.c. mit der ausdrücklichen Hinweis, dass die Konstituierung über solcher Termin die Verfallen einschliesst wie der Art. 167 c.p.c. auf dem förmlichen Gebiet und der Dritter Ruf vorschreibt, damit auch in der legitimen Erkundigen Abwesenheit die folgenden Zusammenfassungen angenommen werden: ...". Unterzeichnet ist das Schreiben von den Rechtsanwälten H.____ und G.____. Das ist selbst für einen juristisch geschulten Leser unverständlich. Auch diese beiden zusätzlich erwähnten Gründe müssen zur Verweigerung des Exequaturs führen, weil die Verteidigungsrechte dadurch offensichtlich beeinträchtigt werden.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der Entscheid vom Tribunale C.____ vom 18. November 2011 in Sachen B.____ S.R.L. gegen A.____ (R.G.582/2004) mangels gehöriger Vorladung zur versäumten Verhandlung i.S.v. Art. 34 Abs. 2 revLugÜ gemäss Art. 38 revLugÜ nicht vollstreckbar ist. Der von der Vorinstanz erteilte Arrestbefehl Nr. 3/2012 vom 17. Juli 2012 (act. 5 = act. 13 = act. 15) ist damit kein vollstreckbarer Titel i.S.v. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 i.V.m. Art. 271 Abs. 3 SchKG. Das Gesuch der Gläubigerin um Vollstreckbarkeit ist daher abzuweisen und der Arrest als LugÜ-Sicherungsmassnahme ist aufzuheben.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gläubigerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 96 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 2 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GerGebV). Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden mit dem vom Schuldner im zweitinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.-- (act. 21) verrechnet (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO), und die Gläubigerin wird verpflichtet, ihm diesen zu ersetzen. Die Gläubigerin wird

verpflichtet, den Schuldner gemäss Art. 111 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 AnwGebV angemessen zu entschädigen. Der Schuldner hat den Ersatz der Mehrwertsteuer nicht verlangt.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und es wird festgestellt, dass der Entscheid vom Tribunale C._____ vom 18. November 2011 in Sachen B._____ S.R.L. gegen A._____ (R.G.582/2004) in der Schweiz nicht vollstreckbar ist.
2. Der Arrest Nr. 3/2012 vom 17. Juli 2012 des Arrestrichters am Bezirksgericht Affoltern wird aufgehoben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt.

4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gläubigerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gläubigerin wird verpflichtet, dem Schuldner den geleisteten Vorschuss von Fr. 750.-- zu ersetzen.
5. Die Gläubigerin wird verpflichtet, dem Schuldner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Affoltern sowie an das Betreibungsamt K. _____ und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9235.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am:

